

NATURALEZA Y RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS AGUAS SUBTERRÁNEAS NO RENOVABLES

Por

JUAN MANUEL ALEGRE AVILA

Seminario de Derecho Administrativo de la Universidad de Cantabria

SUMARIO: I. LA EXCLUSIÓN TÁCITA DEL DOMINIO PÚBLICO HIDRÁULICO DE LAS AGUAS SUBTERRÁNEAS NO RENOVABLES EN LA LEY DE AGUAS DE 1985.—II. LA CRÍTICA DOCTRINAL DE LA CITADA EXCLUSIÓN: LA DEFENSA DE LA CALIFICACIÓN COMO DOMINIO PÚBLICO DE LAS AGUAS SUBTERRÁNEAS NO RENOVABLES.—III. ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS QUE DEFIENDEN LA INCLUSIÓN EN EL DOMINIO PÚBLICO, YA EN EL HIDRÁULICO, YA EN EL MINERO, DE LAS AGUAS SUBTERRÁNEAS NO RENOVABLES. LA CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LAS AGUAS SUBTERRÁNEAS Y SU PRESUPUESTO DE HECHO NECESARIO: LA REALIDAD HIDROGEOLÓGICA DE SU EXISTENCIA.—IV. LA NO CONSIDERACIÓN DE LAS AGUAS SUBTERRÁNEAS NO RENOVABLES COMO *RES NULLIUS*. LA ATRIBUCIÓN DE SU TITULARIDAD AL ESTADO EN CONCEPTO DE BIEN PATRIMONIAL.

I. LA EXCLUSIÓN TÁCITA DEL DOMINIO PÚBLICO HIDRÁULICO DE LAS AGUAS SUBTERRÁNEAS NO RENOVABLES EN LA LEY DE AGUAS DE 1985

El artículo 1.2 de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas (en adelante LA), dice así:

«Las aguas continentales superficiales, así como las subterráneas *renovables*, integradas todas ellas en el ciclo hidrológico, constituyen un recurso unitario, subordinado al interés general, que forma parte del dominio público estatal como dominio público hidráulico.»

Por su parte, los epígrafes *a)* y *d)* del artículo 2 LA considera integrantes del dominio público hidráulico del Estado, respectivamente, «las aguas continentales, tanto las superficiales como las subterráneas renovables con independencia del tiempo de renovación» y «los acuíferos subterráneos, a los efectos de los actos de disposición o de afección de los recursos hidráulicos».

Por lo que a este último concepto se refiere, el de acuífero subterráneo, el artículo 12 LA explica que «el dominio público de los

acuíferos o *formaciones geológicas por las que circulan aguas subterráneas*, se entiende sin perjuicio de que el propietario del fondo pueda realizar cualquier obra que no tenga por finalidad la extracción o aprovechamiento del agua, ni perturbe su régimen ni deteriore su calidad, con la salvedad prevista en el apartado 2 del artículo 52» (1).

Y el artículo 15.1 del Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del dominio público hidráulico, que desarrolla los Títulos Preliminar, I, IV, V, VI y VII de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas (en adelante RDPH) entiende por «acuíferos, terrenos acuíferos o acuíferos subterráneos aquellas formaciones geológicas que *contienen agua, o la han contenido, y por las cuales el agua puede fluir*».

La LA, ley dictada al amparo del artículo 132.2 de la Constitución (2), ha procedido, como una de sus novedades más destacadas, a declarar a las aguas subterráneas (renovables) bienes de dominio público, a partir de la idea de la unidad del ciclo hidrológico (3), superando de este modo la posibilidad de apropiación privada de

(1) El artículo 52.2 LA preceptúa lo siguiente: «En las condiciones que reglamentariamente se establezcan se podrán utilizar en un predio aguas procedentes de manantiales situados en su interior y aprovechar en él aguas subterráneas, cuando el volumen anual no sobrepase los 7.000 metros cúbicos. En los acuíferos que hayan sido declarados como sobreexplotados, o en riesgo de estarlo, no podrán realizarse nuevas obras de las amparadas por este apartado sin la correspondiente autorización». Las indicadas condiciones reglamentarias vienen establecidas en los artículos 84 a 88 del Reglamento del dominio público hidráulico, aprobado por Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, así como en la Disposición Transitoria 2.ª de éste.

(2) El artículo 132.2 de la Constitución comienza señalando que «son bienes de dominio público estatal los que determine la ley». En relación con la declaración de dominio público estatal de las aguas continentales superficiales, así como de las subterráneas renovables, declaración amparada en el citado precepto constitucional, son de sumo interés las consideraciones efectuadas en el FJ 14 de la Sentencia del Tribunal Constitucional 227/1988, de 29 de noviembre (resolutoria de los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra la Ley de Aguas de 1985), consideraciones vertidas desde la perspectiva del significado institucional del dominio público, en conexión con las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas sobre esta materia.

(3) El breve, pero enjundioso, Preámbulo de la LA consigna esta idea de modo expreso:

«Asimismo, el agua constituye un recurso unitario, que se renueva a través del ciclo hidrológico y que conserva, a efectos prácticos, una magnitud casi constante dentro de cada una de las cuencas hidrográficas del país.

Consideradas, pues, como recurso, no cabe distinguir entre aguas superficiales y subterráneas. Unas y otras se encuentran íntimamente relacionadas, presentan una identidad de naturaleza y función y, en su conjunto, deben estar subordinadas al interés general y puestas al servicio de la nación. Se trata de un recurso que debe estar disponible no sólo en la cantidad necesaria, sino también con la calidad precisa, en función de las directrices de la planificación económica, de acuerdo con las previsiones de la ordenación territorial y en la forma que la propia dinámica social demanda» (II y III).

las aguas subterráneas de la Ley de Aguas de 13 de junio de 1879 (arts. 18 y siguientes) (4). Superación de la indicada apropiabilidad privada, cuyo soporte se encontraba en la concepción que Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO ha calificado como «mística del alumbrador» (5), y cuya trascendencia jurídica se cifra en la inclusión en el dominio público («natural», en una terminología muy extendida y utilizada por el propio Tribunal Constitucional: FJ 14 de la Sentencia 227/1988, de 29 de noviembre) de todas las aguas continentales, tanto las superficiales como las subterráneas renovables [«con independencia del tiempo de renovación», apostilla el art. 2.a) LA].

La expresa referencia a las aguas subterráneas renovables a fin de proceder a su inclusión en el dominio público hidráulico suscita de inmediato el obligado interrogante: ¿*quid* en relación con las aguas subterráneas no renovables, muertas, estancadas o, aunque esta última denominación incorpore particulares connotaciones, no fluyentes? ¿Cuál es la naturaleza jurídica que tienen a partir de la LA de 1985 las aguas subterráneas no renovables, a la vista de su no mención expresa en el texto de aquella como integrantes del dominio público hidráulico, o, mejor aún, a la vista de su tácita exclusión —argumento *sensu contrario*— del referido dominio? ¿Puede fundadamente sostenerse, supuesto que en la realidad hidrogeológica existan aguas que puedan calificarse de subterráneas no renovables, muertas estancas o no fluyentes, que estas aguas son en 1985 como en 1879, susceptibles de ser apropiadas en virtud de los correspondientes alumbramientos, esto es, son *res nullius* sujetas a la apropiación del alumbrador, o, por el contrario, su naturaleza jurídica ha de buscarse en alguna regulación que permita una calificación diferente? La articulación de una respuesta a estas preguntas es el objeto de las presentes páginas.

(4) La doctrina se mostró conforme en caracterizar las aguas subterráneas como un supuesto de *res nullius*, susceptibles de ser apropiadas por el alumbrador. En este sentido, por todos, Aurelio GUAITA MARTORELL, *Derecho administrativo: aguas, montes, minas*, Cívitas, Madrid, 1982, 197 (idéntica postura en 2.ª ed., Cívitas, Madrid, 1986) y José Luis MOREU BALLONGA, «El régimen jurídico de las aguas subterráneas y su proyectada reforma», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 2, 1985, 167 ss.

Una exposición sobre la evolución del régimen de las aguas subterráneas en Silvia DEL SAZ, *Aguas subterráneas, aguas públicas (el nuevo Derecho de Aguas)*, prólogo de Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, Marcial PONS, Madrid, 1990, 11 ss. Sugerentes son las reflexiones de Alfredo GALLEGO ANABITARTE acerca de la lucha por el dominio público de las aguas subterráneas en España consignadas en su aportación *El Derecho español de aguas en la Historia y ante el Derecho comparado*, en el volumen colectivo por él dirigido y en el que además colaboran Angel MENÉNDEZ REXACH y José Manuel DÍAZ LEMA, *El Derecho de Aguas en España*, MOPU, Madrid, 1986, I, 415 ss.

(5) «Las aguas subterráneas como bienes de dominio público», en *Libro Homenaje al Profesor José Luis Villar Palasi*, Cívitas, Madrid, 1989, 677 ss.

II. LA CRÍTICA DOCTRINAL DE LA CITADA EXCLUSIÓN: LA DEFENSA DE LA CALIFICACIÓN COMO DOMINIO PÚBLICO DE LAS AGUAS SUBTERRÁNEAS NO RENOVABLES

La no mención expresa de las aguas subterráneas no renovables como integrantes del dominio público hidráulico en la LA de 1985 [art. 1.2 y 2.a)], que es tanto como decir su exclusión tácita de dicho dominio, ha suscitado las más duras críticas en la doctrina, conforme en denunciar la inconveniencia y carencia de sentido de dicha exclusión.

Sirvan, así, como punto de partida de estas reflexiones, las siguientes palabras de DE LA CUÉTARA, asumidas posteriormente por la doctrina que ha criticado la solución legal. Dice este autor:

«La exclusión carece de sentido porque, en primer lugar, si algo debe ser considerado patrimonio de todos, de las generaciones presentes y las futuras, si sobre algo debe decretarse la inaplicación de los títulos privados, es sobre un recurso que se agota, con mucha mayor razón que sobre uno que se renueva; en segundo lugar, las aguas no renovables, dado su carácter de líquidos que forman yacimientos en el subsuelo, deberían integrarse en el dominio público por aplicación de la Ley de Minas; en tercer lugar, porque estas aguas se encontrarán necesariamente en un acuífero, si bien cerrado, y los acuíferos se han declarado de dominio público con independencia de su carácter cerrado o abierto; por último, las aguas no renovables, en muchas ocasiones, estarán íntimamente relacionadas con las renovables, bien porque sostengan otras que efectivamente se renuevan (aguas depositadas en una depresión, mineralizadas por su permanencia en el subsuelo, sobre las que circulan otras de menor densidad), bien porque su carácter de «no renovables» haya sido ocasionado por un descenso del nivel freático (que eliminó su fuente de alimentación), bien por muchas otras circunstancias que puedan surgir» (6).

Crítica que, como digo, es asumida por la doctrina especializada (7), aun cuando, teleológicamente, los argumentos esgrimidos por

(6) Juan Miguel DE LA CUÉTARA, *El nuevo régimen de las aguas subterráneas en España*, Tecnos, Madrid, 1989, 87.

(7) Así, José Luis GONZÁLEZ-BERENGUER URRUTIA, *Comentarios a la Ley de Aguas*, El Consultor de los Ayuntamientos y Juzgados, Madrid, 1985, 70; Silvia DEL SAZ, *Aguas subterráneas, aguas públicas*, 52-53; José Luis MOREU BALLONGA, *El nuevo régimen*

la misma tiendan a enervar los efectos de la solución legal (la exclusión del dominio público hidráulico de las aguas subterráneas no renovables), desde el momento en que, viene a decirse, la inescindibilidad de aguas subterráneas renovables y no renovables (trasunto de la unidad del ciclo hidrológico) fuerza a considerar a éstas últimas como integradas en el dominio público hidráulico (lo que es tanto como decir que no puede hablarse con propiedad, en términos hidrogeológicos, de la existencia de aguas subterráneas no renovables). Sobre alguno de estos argumentos puestos de manifiesto por DE LA CUÉTARA habremos de volver inmediatamente cuando exponamos nuestra opinión acerca de la naturaleza jurídica de las aguas subterráneas no renovables, muertas, estancadas o no fluyentes.

III. ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS QUE DEFIENDEN LA INCLUSIÓN EN EL DOMINIO PÚBLICO, YA EN EL HIDRÁULICO, YA EN EL MINERO, DE LAS AGUAS SUBTERRÁNEAS NO RENOVABLES. LA CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LAS AGUAS SUBTERRÁNEAS Y SU PRESUPUESTO DE HECHO NECESARIO: LA REALIDAD HIDROGEOLÓGICA DE SU EXISTENCIA

Parece, pues, procedente analizar los argumentos expuestos en el razonamiento de DE LA CUÉTARA (e insisto: asumidos por la generalidad de la doctrina que ha criticado la exclusión de las aguas subterráneas no renovables del contenido del dominio público hidráulico) a fin de concluir en la bondad de la conclusión alcanzada por este autor, esto es, que, no obstante la desafortunada falta de mención expresa de las aguas subterráneas no renovables en el tenor de los artículos 1.2 y 2.a) de la LA, las mismas han de ser consideradas

jurídico de las aguas subterráneas, Prólogo de Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1990, 3-8. Particularmente crítica es la postura de Alejandro NIETO: «Esto, yo confieso sinceramente, no lo entiendo. Porque la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley insiste en la unidad geológica del agua y, sin embargo, en el texto articulado sólo se considera de dominio público estatal a las aguas subterráneas fluyentes. ¿Y qué pasa con las estancas? ¿Es que no van a ser de dominio público? Yo veo una contradicción muy fuerte y sobre todo veo que esto en Canarias traería problemas, problemas gravísimos, cosa que no sucede en la península. Porque, ¿cuáles son las aguas subterráneas estancadas?, ¿es que las estancadas van a ser de propiedad privada? ¿Cómo se distinguen desde el punto de vista geológico unas aguas de otras? Aguas fluyentes que luego se estancan, ¿cambian de naturaleza jurídica? Aguas estancadas que comienzan a fluir, ¿se convierten de pronto en públicas?, ¿cuál va a ser el régimen de unas y otras?, ¿es posible establecer en el subsuelo dos clases de regímenes jurídicos? Yo, esto no lo veo factible» (citado por Silvia DEL SAZ, *Aguas subterráneas, aguas públicas*, 52, nota 19).

En cambio, no insisto especialmente en la exclusión del dominio público hidráulico de las aguas subterráneas no renovables Angel MENÉNDEZ REXACH, «La Ley de Aguas de 13 de junio de 1879 y la evolución posterior», en el volumen colectivo antes citado *El Derecho de Aguas en España*, 526-27.

como bienes de dominio público, ya por aplicación estricta del propio ordenamiento hidráulico, ya en virtud de una especie de remisión tácita a la Ley de Minas.

De los cuatro argumentos ofrecidos por DE LA CUÉTARA, el primero de ellos (la falta de sentido de la no inclusión de las aguas subterráneas no renovables en el concepto de dominio público hidráulico, dado que «si sobre algo debe decretarse la inaplicación de los títulos privados, es sobre un recurso que se agota, con mucha mayor razón que sobre uno que se renueva»), es, aun admitida su consistencia y razonable peso específico, una mera consideración de política legislativa, cuya asunción no puede prevalecer, como bien se comprende, sobre los estrictos datos de Derecho positivo. En este sentido, por tanto, únicamente puede ser estimado como parámetro de referencia para juzgar acerca del acierto de las soluciones plasmadas por el legislador, o, en el mejor de los casos, como argumento nestoriano en apoyo de una tesis fundada en otras razones, no como criterio para sostener la viabilidad de un determinado planteamiento (en nuestro caso, el carácter de dominio público de las aguas subterráneas no renovables).

En cambio, el último de los argumentos analizados incide de lleno en el *punctum saliens* del régimen jurídico de las aguas subterráneas no renovables. Al señalarse la íntima relación existente entre aquéllas y las aguas subterráneas renovables (integradas en el ciclo hidrológico y, en cuanto recurso unitario, parte del dominio público hidráulico), constatación de la que sin dificultad podría predicarse también la naturaleza de dominio público hidráulico de las aguas subterráneas no renovables, DE LA CUÉTARA desliza la idea de la inexistencia en la realidad hidrogeológica de las cuestionadas aguas subterráneas no renovables, circunstancia que, naturalmente, obvia el problema de la determinación de la naturaleza jurídica de éstas (8), de suerte que, en la práctica, la intención del legislador de excluir del dominio público hidráulico a las aguas subterráneas no renovables (o no fluyentes, en la terminología del Proyecto de Gobierno (9) habría sido superada por la fuerza de los hechos (la

(8) En este sentido se explicaría la afirmación de GONZÁLEZ-BERENGUER, según la cual tan pronto como comenzaran las extracciones el agua pasaría a ser fluyente, incorporándose así al ámbito de aplicación de la Ley, en cuanto agua subterránea renovable o fluyente (*Comentarios a la Ley de Aguas*, 70, citado por DE LA CUÉTARA, 87, nota 18). Asimismo, esta circunstancia daría cuenta de cómo para MENÉNDEZ REXACH las aguas subterráneas renovables son casi todas las utilizables (526), esto es, que el legislador habría prescindido de toda referencia a las aguas subterráneas no renovables por entender que las mismas no son en la actualidad susceptibles en buena medida de ser explotadas técnica y económicamente. A este último argumento parece apuntar igualmente MOREU, *El nuevo régimen jurídico de las aguas subterráneas*, 4.

(9) Cfr. las referencias que en relación con la tramitación parlamentaria del Proyecto

inexistencia hidrogeológica de las referidas aguas) y, por ende, por la interpretación sistemática del ordenamiento hidráulico (10). En todo caso, por nuestra parte, y a efectos dialécticos (en espera de la confirmación geológica de la sustantividad y realidad de estas aguas, problema que a su vez lleva implícito, como cuestión primordial, el del propio concepto de aguas subterráneas no renovables, muertas, estancadas o no fluyentes), hemos de considerar la hipótesis de la real existencia de este tipo de aguas, como presupuesto para identificar su naturaleza y régimen jurídico. Este es, pues, el punto de partida aceptado en el presente trabajo.

Mayor enjundia jurídica ofrece la apelación a la naturaleza de los acuíferos [integrantes del dominio público hidráulico del Estado: arts. 2.d) y 12 de la LA y 15.1 del RDPH] a fin de afirmar idéntico carácter respecto de las aguas subterráneas no renovables. En este sentido dirá DE LA CUÉTARA, éstas últimas han de considerarse integradas en el dominio público hidráulico, porque las mismas «se encontrarán necesariamente en un acuífero, si bien cerrado, y los acuíferos se han declarado dominio público con independencia de su carácter cerrado o abierto» (11). Esto es, el criterio de la accesión contagia al contenido (las aguas subterráneas no renovables) la naturaleza del continente (los acuíferos). No obstante, y aun prescindiendo del detalle de que este modo de argumentar priva de sustantividad a la declaración de las aguas subterráneas renovables como bienes de dominio público hidráulico (puesto que si las mismas han de discurrir por un acuífero, habría sido suficiente la declaración de dominio público hidráulico de éste), es lo cierto que el artículo 2.d) de la LA constriñe el carácter de dominio público hidráulico de los acuíferos subterráneos «a los efectos de los actos de disposición o de afección de los recursos hidráulicos», no, por tanto, en principio, a todos los efectos. En consecuencia, por tanto, hay que convenir con MOREU (12) en que no pueden identificarse acuífero subterráneo y el agua subterránea misma que circula por aquél. En este sentido, y como dice este autor, acuífero es «la masa de roca porosa que empaapa el agua subterránea», esto es, el «cauce» del agua subterránea, precisión que nos conduce derechamente a la necesidad de desentrañar el contenido de la enigmática frase del artículo 2.d) de la LA,

de Ley de Aguas ofrece MOREU, *El nuevo régimen jurídico de las aguas subterráneas*, 5-7, si bien este autor considera que el término «fluyentes» (luego sustituido por el de «renovables») tomaba como directa inspiración los problemas de distribución de competencias en materia de aguas entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

(10) Tesis en el fondo compartida por la doctrina que ha criticado la exclusión del dominio público hidráulico de las aguas subterráneas no renovables.

(11) *El nuevo régimen de las aguas subterráneas en España*, 87.

(12) *El nuevo régimen jurídico de las aguas subterráneas*, 3.

según la cual la consideración como dominio público hidráulico de los acuíferos lo es «a los efectos de los actos de disposición o de afección de los recursos hidráulicos».

En contra del criterio de MOREU, para quien, sobre la base de diversas precisiones reglamentarias (13), la frase últimamente transcrita es una «frase desafortunada del legislador a la que no creo quepa encontrar sentido alguno razonable», por cuanto, en su opinión, el carácter de dominio público de los acuíferos lo es a todos los efectos y no sólo a los atinentes a los actos de disposición o de afección de los recursos hidráulicos (por ejemplo, también a los efectos de protección de los acuíferos frente a la contaminación) (14), en contra de este criterio, entiendo que la tan repetida precisión del artículo 2.d) de la LA es plenamente coherente con el régimen jurídico de las aguas subterráneas (renovables), en relación con las facultades dominicales de la propiedad fundiaria (art. 350 del Código Civil) (15). En efecto, declaradas de dominio público aquéllas, la virtualidad de la incorporación al dominio público de una determi-

(13) En concreto, el artículo 171.2 RDPH indica que «se considerará que un acuífero está sobreexplotado o en riesgo de estarlo cuando se está poniendo en peligro inmediato la subsistencia de los aprovechamientos existentes en el mismo, como consecuencia de venirse realizando extracciones anuales superiores o muy próximas al volumen medio de los recursos anuales renovables, o que produzcan un deterioro grave de la calidad del agua». Y en el segundo párrafo de este artículo 171.2 se dice que «la existencia de riesgo de sobreexplotación se apreciará también cuando la cuantía de las extracciones, referida a los recursos renovables del acuífero, genere una evolución de éste que ponga en peligro la subsistencia a largo plazo de sus aprovechamientos».

Por su parte, el artículo 184.7 RDPH señala: «Cuando después de otorgada una concesión se denunciase su afección a aprovechamientos legalizados preexistentes, el Organismo de cuenca verificará la realidad del hecho denunciado y levantará acta en que se harán constar las características de la prueba, y, en su caso, de la afección directa comprobada. De resultar positiva dicha verificación, y si algunos de los titulares de los aprovechamientos afectados lo hubiese solicitado de forma expresa, se suspenderá temporalmente el nuevo aprovechamiento, hasta tanto se haya resuelto el expediente».

Como puede comprobarse, las transcritas regulaciones reglamentarias parecen abonar la tesis (en contra del entendimiento más generoso que hace MOREU) de justificar la intervención administrativa que supone la declaración de dominio público de los acuíferos justamente en el tenor literal del artículo 2.d) LA, esto es, en la referencia de dicha declaración «a los efectos de los actos de disposición o de afección de los recursos hidráulicos».

(14) En este sentido, por ejemplo, el artículo 94 LA, según el cual «cuando el vertido pueda dar lugar a la infiltración o almacenamiento de sustancias susceptibles de contaminar los acuíferos o las aguas subterráneas, sólo podrá autorizarse si el estudio hidrogeológico previo demostrase su inocuidad».

Pues bien, a diferencia de lo que parece pensar MOREU, esta referencia a la contaminación, y su relación con los acuíferos, no extiende necesariamente la consideración de aquéllos como dominio público hidráulico más allá de lo que preceptúa el artículo 2.d) LA. En efecto, en un sentido amplio, si el título demanial se justifica en la necesidad de preservar la integridad y calidad de los recursos hidráulicos (Preámbulo LA, III), la intervención administrativa en relación con los vertidos halla en el tenor literal de dicho artículo 2.d) LA su plasmación institucional más clara.

(15) El artículo 350 del Código Civil preceptúa que «el propietario de un terreno es dueño de su superficie y de lo que está debajo de ella, y puede hacer en él las obras,

nada categoría de bienes, definida en atención a la concurrencia en éstos de determinados caracteres físicos homogéneos, tal y como ha tenido ocasión de argumentar el Tribunal Constitucional (FJ 14 de la Sentencia 227/1988, de 29 de noviembre), supone el apartamiento de los mismos de los modos jurídicos-civiles de adquisición y disfrute. Tal apartamiento se justifica, con independencia de su cobertura formal en el artículo 132.2 de la Constitución, en la necesidad de garantizar el cumplimiento de la función social asignada a cada tipo o categoría de bienes, cuando el legislador estima oportuno que dicha garantía se canalice jurídicamente a través de la institución del dominio público. En el caso de las aguas continentales (superficiales y subterráneas renovables), integradas en el ciclo hidrológico, su carácter de «recurso unitario, subordinado al interés general» (art. 1.2 de la LA) explica sobradamente su sometimiento al intenso régimen de intervención administrativa que supone la declaración de dominio público. De ahí la necesidad de asegurar la satisfacción de los fines que en materia de aguas proclama el Preámbulo de la Ley de 1985 (III y IV, fundamentalmente), satisfacción que pretende lograrse mediante la consecución de los objetivos a que se contrae el art. 1.2 LA (16).

Pues bien, el artículo 12 LA, fiel trasunto del 2.d) LA, refleja en su dicción la aludida declaración de dominio público hidráulico de los acuíferos «a los efectos de los actos de disposición o de afección de los recursos hidráulicos». En efecto, la citada declaración, dice este precepto, de los acuíferos («formaciones geológicas por las que circulan aguas subterráneas») se entiende «sin perjuicio de que el propietario del fundo pueda realizar cualquier obra que no tenga por finalidad la extracción o aprovechamiento del agua, ni perturbe su régimen ni deteriore su calidad, con la salvedad prevista en el apartado 2 del artículo 52». He aquí, pues, paladinamente plasmada la función institucional que cumple el dominio público (en nuestro caso, de los acuíferos), en cuanto título administrativo de intervención llamado a garantizar, como antes decíamos, la integridad y la calidad de los recursos hidráulicos. Ninguna incorrección hay, por

plantaciones y excavaciones que le convengan, salvo las servidumbres, y con sujeción a lo dispuesto en las leyes sobre Minas y Aguas y en los reglamentos de policía».

Una exposición de las virtualidades de la técnica de la declaración de dominio público de todas las aguas continentales, superficiales y subterráneas renovables, desde la perspectiva de la protección del medio ambiente, en FRANCISCO DELGADO PIQUERAS, *Derecho de Aguas y Medio Ambiente*, Prólogo de Luis ORTEGA, Tecnos, Madrid, 1992, 122 ss.

(16) El artículo 1.1 LA prescribe como objeto de la Ley «la regulación del dominio público hidráulico, del uso del agua y del ejercicio de las competencias atribuidas al Estado en las materias relacionadas con dicho dominio en el marco de las competencias delimitadas en el artículo 149 de la Constitución».

tanto, en la redacción del artículo 2.d) LA, ni, menos aún, puede considerarse la precisión en el mismo contenida como una frase desafortunada del legislador a la que no quepa encontrar sentido alguno, según pretende MOREU.

Como derivación del argumento centrado en la naturaleza de los acuíferos, y a los efectos de determinar la de las aguas subterráneas no renovables, conviene analizar las consideraciones efectuadas por MOREU (que, por otro lado, enlazan directamente con la antes aludida idea de la inexistencia en la realidad hidrogeológica de las referidas aguas subterráneas no renovables) a propósito de la conexión entre la naturaleza y régimen jurídico de estas aguas y el sistema constitucional de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en esta materia. Como es sabido, el criterio de delimitación competencial consagrado en la Constitución, basado en la reserva de atribución al Estado «cuando las aguas discurren por más de una Comunidad Autónoma» (art. 149.1.22), y que fue duramente criticado por la doctrina (17), encontró su traducción legislativa en el criterio de la «unidad de la cuenca hidrográfica» (art. 13.2.º y 14 LA), plenamente revalidado por el Tribunal Constitucional (FJ 15 de la Sentencia 227/1988, de 29 de noviembre), como parámetro rector de la distribución de competencias y funciones en este ámbito (18). Pues bien, y por lo que a las aguas subterráneas no renovables o fósiles se refiere, aventura MOREU la hipótesis de la intención del legislador de excluir del dominio público hidráulico del Estado las referidas aguas subterráneas no renovables (no fluyentes, en la terminología del Proyecto), en cuanto no integradas en el ciclo hidrológico único, de suerte que «acaso podría llegarse a afirmar

(17) En este sentido, y por referencia al entonces Anteproyecto de Constitución, Sebastián MARTÍN-RETORTILLO, «La política hidráulica», en su libro *Administración y Constitución*, IEAL, Colección «Administración y Ciudadano», Madrid, 1981, 238-42. Igualmente, e incidiendo en la distinción entre «recursos» y «aprovechamientos» hidráulicos como criterio rector de la distribución competencial en este ámbito, Angel SÁNCHEZ BLANCO, «Recursos y aprovechamientos hidráulicos», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 34, 1982, 425 ss.

(18) Sobre la distribución de competencias en materia de aguas entre el Estado y las Comunidades Autónomas, con particular atención a la doctrina de la Sentencia constitucional 227/1988, de 29 de noviembre, Francisco DELGADO PIQUERAS, «La distribución de competencias Estado-Comunidades Autónomas en materia de aguas: la Sentencia del Tribunal Constitucional de 29 de noviembre de 1988», *Revista de Administración Pública*, 118, 1989, 271 ss.; Sebastián MARTÍN-RETORTILLO, «Competencias constitucionales y autonómicas en materia de aguas», *Revista de Administración Pública*, 128, 1992, 23 ss., en especial 70 ss., con una fuerte crítica a la omisión de la obligada diferenciación entre recursos y aprovechamientos hidráulicos en la Sentencia constitucional de 29 de noviembre de 1988. Igualmente, aunque anterior a la citada Sentencia constitucional, y por lo que se refiere estrictamente a la distribución competencial en materia de aguas subterráneas, Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, «"Aguas subterráneas" y "aguas que discurren íntegramente dentro del territorio"», *Revista de Administración Pública*, 113, 1987, 401 ss.

que, como quisieron los autores de la LA de 1985, las Comunidades Autónomas sólo podrán llegar a tener competencia legislativa exclusiva sobre aguas subterráneas «fósiles» o «no renovables» (19).

Obsérvese que, con independencia del hecho de que en último término, como idea latente a toda la argumentación de MOREU, está la puesta en cuestión de la propia realidad hidrogeológica de las aguas subterráneas no renovables, realidad cuya determinación exige naturalmente asumir un concepto nítido de qué sean estas aguas (20), con independencia de esto, insisto, la hipótesis aventurada por este autor no se cohonestaba con el sentido institucional de la declaración de dominio público, cuando esta declaración atañe a enteras categorías de bienes (como ocurre en el caso de las aguas), tal y como ha sido expuesto por el Tribunal Constitucional. En efecto, en el FJ 14 de la tan citada Sentencia 227/1988, de 29 de noviembre, el Alto Tribunal insiste en la idea de la exclusiva habilitación en favor del legislador estatal para proceder a esta integración en el dominio público del llamado dominio público «natural». Habilitación que, además, se traduce necesariamente en la atribución del dominio así declarado al Estado (ya por derivarse así del propio artículo 132.2 de la Constitución, ya, si se pretende recurrir a este argumento, por la competencia del Estado en materia de legislación civil —art. 149.1.8—, en

(19) *El nuevo régimen jurídico de las aguas subterráneas*, 5-6.

(20) El propio MOREU es consciente de este problema: «Puede afirmarse que “renovables” lo serán en rigor todas las aguas subterráneas, al menos si se piensa en una renovación artificial conseguida por el hombre, que parece que será siempre posible, salvo acaso para las aguas absolutamente inaccesibles, sin interés entonces para el legislador». De ahí que entienda que «la expresión aguas subterráneas “fluyentes” era, por eso, más adecuada para señalar el carácter de integración en el ciclo hidrológico de las aguas subterráneas y para el intento del legislador de ayudar a delimitar las competencias legislativas del Estado central y las de las Comunidades Autónomas. Y si se quería aludir a la no relevancia de la lentitud del movimiento de las aguas subterráneas —lo que tampoco era necesario en absoluto—, pudo aludirse a aguas subterráneas fluyentes con independencia de la velocidad de su desplazamiento, o frase similar». E insiste: «Obsérvese que con arreglo al artículo 15.1 RDPH, que exige para que haya acuífero que el agua pueda fluir por el mismo, acaso ni siquiera existiría acuífero en el pretendido supuesto de las aguas subterráneas “fósiles”. Obsérvese también la dificultad práctica que entrañaría afirmar con seguridad en un caso concreto la absoluta (“con independencia del tiempo de renovación”) inmovilidad e incomunicación de determinadas aguas subterráneas. En fin, aun dando por bueno que el supuesto de las aguas “fósiles” exista y pueda determinarse en su existencia en alguna ocasión, sigue sin verse clara la razón jurídica de su diferenciación, porque el origen normal de las aguas subterráneas es siempre la lluvia y porque si la naturaleza o la gravedad no habían comunicado esas aguas con otras corrientes es mejor pensar que pueda hacerlo el hombre dándose un trato similar al de todas las aguas subterráneas». Concluye afirmando MOREU que la introducción del término «renovables» es «una de las varias ingenuidades cometidas por los autores de esta Ley» (*El nuevo régimen jurídico de las aguas subterráneas*, 7-8).

En la misma línea, Jesús GONZÁLEZ PÉREZ entiende que las Comunidades Autónomas están habilitadas para determinar la titularidad de las aguas subterráneas no renovables: «Artículo 1», en *Comentarios a la Ley de Aguas*, en colaboración con Julio TOLEDO JAUDENES y Carlos ARRIETA ALVAREZ, Cívitas, Madrid, 1987, 88.

la medida en que existe una estrecha conexión entre esta materia y la consecuencia ineluctable de la declaración de dominio público, el apartamiento de los modos de adquisición y disfrute *iure privato*, tradicionalmente regulados en el Código Civil). Pues bien, sería contradictorio con el sentido de la declaración como dominio público hidráulico *del Estado* de todas las aguas continentales, tanto superficiales como subterráneas renovables, estimar que el legislador estatal ha dejado abierta la puerta a una eventual inclusión en el dominio público autonómico de las aguas subterráneas no renovables (cuya identidad de naturaleza con las renovables parece, en todo caso, fuera de duda), disociando así la naturaleza, titularidad y régimen jurídico de unas y otras aguas subterráneas. Y todo ello, repito, con independencia de que en la realidad hidrogeológica no pueda hablarse con propiedad de la existencia de aguas subterráneas verdaderamente no renovables, fósiles, muertas, estancadas o no fluyentes.

Finalmente, se recordará, el segundo de los argumentos manejados por DE LA CUÉTARA para definir la naturaleza jurídica de las aguas subterráneas no renovables apelaba a la entrada en juego de un ordenamiento distinto del hidráulico, en concreto, el minero. Dirá así que «las aguas no renovables, dado su carácter de líquidos que forman yacimientos en el subsuelo, deberían integrarse en el dominio público por aplicación de la Ley de Minas» (21). Pues bien, entiendo que el argumento, tal y como se halla expuesto, no puede ser acogido para defender el carácter de dominio público (por aplicación de la Ley de Minas) de las aguas subterráneas no renovables. Y ello porque, a diferencia de las aguas minerales y termales, expresamente excluidas por la LA (art. 1.4) de su ámbito de aplicación (22), y sobre las que las Comunidades Autónomas pueden ostentar competencias (art. 148.1.10 de la Constitución), el problema de la califica-

(21) *El nuevo régimen de las aguas subterráneas en España*, 87.

(22) Sin perjuicio de convenir con DE LA CUÉTARA, en el juicio que la meritada exclusión pueda merecer: «Sin que parezca necesario explicar a fondo las causas concretas de la exclusión, ha de advertirse que, de todas formas, no las extrae (la Ley de Aguas de 1985) del campo del dominio público. La convergencia de las dos leyes, la de Aguas y la de Minas, en el régimen demanial, aunque deje latentes los problemas de competencia, simplifica los de calificación jurídica: estas aguas ahora son claramente del dominio público» (86). El carácter de dominio público de las aguas minerales y termales (arts. 24 y siguientes de la Ley de Minas de 1973) no ha sido, sin embargo, pacífico en la doctrina. Respecto de las aguas minerales defendió su carácter privado GUAITA (*Derecho Administrativo. Aguas, montes, minas*, 2.ª ed., Cívitas, Madrid, 1986, 347), en tanto que José Luis VILLAR EZCURRA defendió idéntica calificación para con las aguas minero-medicinales (*Régimen jurídico de las aguas minero-medicinales*, Montecorvo, Madrid, 1980, 27 ss.). En general, sobre el régimen jurídico de estas aguas, Fernando GARRIDO FALLA, «Naturaleza y régimen jurídico de las aguas minero-medicinales», *Revista de Administración Pública*, 42, 1963, 155 ss.

ción jurídica de las aguas subterráneas no renovables no puede resolverse simplemente en virtud de una mera remisión a la Ley de Minas (Ley 22/1973, de 21 de julio, y normas de desarrollo), por cuanto dicha remisión únicamente será factible cuando *efectivamente* las aguas subterráneas no renovables caigan bajo el ámbito de aplicación de aquélla, lo cual no puede afirmarse de modo incondicionado y con carácter general. En consecuencia, si las aguas subterráneas no renovables han de ser observadas bajo el prisma del ordenamiento hidráulico, en la medida en que éste (y, hago una vez más la advertencia, supuesta la existencia en la realidad hidrogeológica de estas aguas) no permita dar una respuesta convincente a la cuestión de su naturaleza jurídica, habrá de acudir al ordenamiento administrativo general, no al concreto sector del ordenamiento minero, como pretende DE LA CUÉTARA.

IV. LA NO CONSIDERACIÓN DE LAS AGUAS SUBTERRÁNEAS NO RENOVABLES COMO *RES NULLIUS*. LA ATRIBUCIÓN DE SU TITULARIDAD AL ESTADO EN CONCEPTO DE BIEN PATRIMONIAL

En esta tesitura, excluida la calificación de las aguas subterráneas no renovables como dominio público hidráulico del Estado, rechazada igualmente la determinación de su naturaleza jurídica desde la óptica del ordenamiento minero y, en fin, por razones de coherencia con la finalidad institucional de la declaración del dominio público «natural», descartada la eventualidad de la atribución por el legislador autonómico de una determinada calificación (demanial, por ejemplo) y de un concreto régimen jurídico, la pregunta formulada al comienzo sigue en pie. ¿Qué naturaleza jurídica tienen las aguas subterráneas no renovables, supuesto que realmente existan en la realidad hidrogeológica? ¿Son *res nullius* susceptibles de ser apropiadas en virtud de los correspondientes alumbramientos o es factible concluir en una diferente calificación jurídica?

En opinión de MOREU la respuesta es sencilla. Puesto que, dirá este autor, el legislador no logró, con la introducción de la referencia a las aguas subterráneas «renovables», resolver el problema de la partición competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas, «sí que estamos seguros de que, con la misma, consiguió crear un innecesario y un tanto fantasmal supuesto de unas pretendidas aguas subterráneas «fósiles» o «no renovables», que habrá de seguir entendiéndose reguladas por el Código Civil (¿y no, en cambio, por la Ley de Aguas de 1879, expresamente derogada?) hasta que alguna

improbable Ley autonómica futura decida regular tan extraño supuesto» (23).

En verdad se hace difícil aceptar una conclusión del tenor de la propuesta por MOREU, y asumir que las (¿fantasmales?) aguas subterráneas no renovables sigan siendo, en 1985 como en 1879, *res nullius* entregadas a la apropiabilidad del alumbrador. No ya la Ley de Aguas de 1879, sino el Código Civil en sus artículos 407 a 425 ha sido derogado por la Ley de Aguas de 1985 (Disposición Derogatoria 1). Ciertamente, respecto del Código Civil, la derogación de los referidos artículos 407 a 425 por la Ley del 85 lo es «en cuanto se opongan a lo establecido en la presente Ley». Mas, parece incoherente con la «publicación» de todas las aguas continentales (salvo, naturalmente, las subterráneas no renovables) operada por la Ley de 2 de agosto de 1985, el mantenimiento de un régimen de apropiabilidad mediante alumbramiento de (según parece, impresionantes masas de agua, cuya realidad hidrogeológica, si no en España, está científicamente constatada en determinadas zonas del globo terráqueo) las aguas subterráneas no renovables. Y, en todo caso, y dada la estrecha relación existente entre las aguas subterráneas renovables y las no renovables, y de éstas, en último término, con las aguas superficiales, a la vista de la indubitada unidad del ciclo hidrológico, ¿puede seriamente afirmarse, en este punto, la vigencia, ya de la Ley de Aguas de 1879, ya del Código Civil de 1889, y negar, en consecuencia, las amplísimas facultades interventoras de la Administración, consagradas en la Ley de 1985, en relación con la investigación y descubrimiento de las aguas subterráneas no renovables? ¿No es incoherente el mantenimiento de la «mística del alumbrador» de que hablaba Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, respecto de estas aguas subterráneas no renovables, con las exigencias actuales de preservar la calidad de todas las aguas continentales y garantizar la mejor y más racional utilización de las mismas? Pues bien, estos interrogantes y la insatisfactoriedad de una solución como la propugnada por MOREU nos llevan a intentar pergeñar una respuesta que, con el punto de partida de las conclusiones alcanzadas en el epígrafe anterior, no nos fuerce, sin embargo, a aceptar la irremediabilidad de la «tesis privatista» a que conduce el planteamiento de MOREU (24), y postu-

(23) *El nuevo régimen jurídico de las aguas subterráneas*, 7. En idéntico sentido, GUALTA entiende que las aguas subterráneas no renovables son *res nullius*, susceptibles, por tanto, de ser apropiadas, después de 1985, en virtud de los correspondientes alumbramientos (*Derecho Administrativo. Aguas, montes, minas*, 2.ª ed., Cívitas, Madrid, 1986, 116).

(24) En todo caso, es de justicia reconocer que la conclusión alcanzada por MOREU lo es a partir de su interpretación del completo entramado del ordenamiento hidráulico. De *lege ferenda* este autor siempre ha proclamado la necesidad de proceder a la

lar, en consecuencia, una vía que dé salida fácil y fluida al régimen de las aguas subterráneas no renovables.

Esta vía, en mi opinión, no es otra sino la consagrada en los artículos 21 y 22 de la Ley del Patrimonio del Estado de 1964, que atribuyen al Estado, en concepto de bienes patrimoniales, respectivamente, «los inmuebles que estuvieren vacantes y sin dueño conocido» y «los bienes inmuebles detentados o poseídos, sin título, por entidades o particulares» (25). Admitido que los alumbramientos de aguas subterráneas han sido tradicionalmente conceptuados por la doctrina civilista como un supuesto de adquisición de bienes inmuebles (26), no creo puedan oponerse graves reparos dogmáticos a la consideración, como bienes patrimoniales del Estado, de las aguas subterráneas no renovables (supuesta, naturalmente, la existencia real de las mismas). La indicada atribución patrimonial, que, en alguna ocasión, ha sido imbricada por el Tribunal Constitucional en la misma idea de soberanía (27), permitiría, de un lado, excluir la apropiabilidad privada de estas masas de agua por los correspondientes alumbradores, y, de otro, otorgar al Estado un título jurídico de intervención que le permitiera situar bajo su control y dirección el destino de éstas que han dado en denominarse aguas subterráneas no renovables, fósiles, muertas, estancadas o no fluyentes.

«nacionalización» o «publicación» de todas las aguas subterráneas (cfr. *El nuevo régimen jurídico de las aguas subterráneas*, 8 y nota 7).

(25) Es obligada, cuando de inmuebles vacantes se trata, la remisión a los tres mejores trabajos publicados sobre el tema. Así, Gabriel GARCÍA CANTERO, «La adquisición de inmuebles vacantes por el Estado», *Revista de Administración Pública*, 47, 1965, 9 ss.; Etelvina VALLADARES RASCÓN, «La Ley del Patrimonio del Estado y la protección del poseedor», *Revista de Derecho Privado*, LX, 1976, 24 ss., y, especialmente, Fernando PANTALEÓN PRIETO, «Artículo 610», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel ALBADALEJO, Edersa, Madrid, 1987, VIII, 1, 127 ss.

(26) MOREU, *El régimen jurídico de las aguas subterráneas y su proyectada reforma*, 217.

(27) Así, en el FJ Tercero de la Sentencia 58/1982, de 27 de julio, resolutoria del recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley del Parlamento de Cataluña 11/1981, de 7 de diciembre, reguladora del Patrimonio de la Generalidad, y en el que se declaró la inconstitucionalidad del artículo 11 de aquella, que atribuía los inmuebles vacantes existentes en Cataluña a la Generalidad.

